

我国行政法的渊源：反思与重述（下）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E6\\_88\\_91\\_E5\\_9B\\_BD\\_E8\\_A1\\_8C\\_E6\\_c122\\_485509.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E6_88_91_E5_9B_BD_E8_A1_8C_E6_c122_485509.htm) 三 行政法渊源重述

按照上述定义，我国的法律渊源将包括各级国家机关制定的各种规范性文件，也包括形式多样的非成文渊源。成文法源指由国家机关制定或者批准、以成文方式表达的法律规范性文件。在这种宽泛的意义上理解，它将包括：宪法，法律，行政法规，地方性法规，自治条例和单行条例等特别法规，行政规章，法律解释文件，其它规范性文件，国际条约和公约。不成文渊源，包括行政法一般法律原则，民间习惯、行政惯例和司法先例，法律学说，公共道德，行政政策以及比较法。（一）行政法的成文法源与不成文法源比较，成文法源常常是法律适用时最优先考虑，也更具权威性。在成文法源中，简要讨论宪法、国际条约和公约的司法适用问题，以及法律解释文件以及其他规范性文件这两种比较特殊的成文法源。此外，还附带讨论与制定法有关的各种立法背景材料。

1、宪法的司法适用 在中国，宪法作为法律渊源有一个未解之结：法院是否能够援引宪法判案？一些对执法机构援引宪法怀有戒备之心的人担心，如果任何人都可以解释宪法，那岂不乱套？其实，要害不在于谁援引了宪法，而在于援引宪法做什么用。法院援引宪法作为定罪根据，将使刑法丧失可预测性，有悖罪刑法定原则；法院援引宪法宣布国家最高立法机关的法律无效，也不符合人民代表大会制这一基本政治制度。在其它情况下，应当允许当事人和法院援引宪法来论证自己的主张。宪法可能因为过于抽象而易生歧义，在具

体的法律议论中常常不得要领，在很多情况下无法成为有力的争辩依据。但宪法作为一种权威文本，毕竟提供了某些“底线”。

## 2、国际条约、公约的适用方式

各种教科书都把国际条约和公约列为我国法律渊源，但对于国际条约和公约在我国是直接适用还是间接适用尚无定论。随着中国政府加入世界贸易组织（WTO）和一系列国际人权公约，这个问题变得尖锐和急迫。学者和政府官员对此意见分歧。有主张直接适用的[32]，有主张间接适用的[33]。也有学者建议，视国际条约和公约内容区别对待：对属于国际经贸性质的多边条约，不妨“直接适用”；而对属于涉及缔约国国内公法事项的国际政治、人权条约，则采取“转化适用”的方式。[34]最高法院一个关于法院审理国际贸易行政案件如何适用法律的司法解释，似乎放弃了直接适用的思路。[35]无论如何，条约既经缔结或者参加并获得权力机关批准，理应在国内适用，不管是“直接适用”还是“转化适用”，都不应成为变相抵制的借口。

## 3、法律解释文件

在我国，法律解释具有特定含义，即特定国家机关以法律解释名义、针对特定法律文本制定的、具有释疑或者补充性质的法律规范性文件。学理上称“有权解释”、“抽象解释”。法律解释的概念源于立法权不可转让和分享的特定观念。但在法律议论的视角，法律解释与“立法”没有本质的区别。一个解释性的条文，虽然被说成是法律文本本身所包含的意义，但只要它确实能够消灭或者减少争论，它就是实际上创制和宣告法律规范。由于我国立法的不足和司法机关通过判例创制和统一法律功能的极度匮乏，司法机关大量从事立法性质的抽象解释；在相当长的时间内，它将继续起到补充立法的作用。但从最高法院

的职能看，它今后更应通过个案判决对地方法院的指导作用，而不是从事大规模的“立法”。

4、其他规范性文件“其他规范性文件”是指除了法律、法规、规章以外，地方权力机关或各级行政机关制定的种类庞杂、数量浩瀚的法律规范性文件。在中国实践中，“其他规范性文件”从制定主体上可分为两类：一是具有行政法规和规章制定权的行政机关制定的行政法规和规章以外的规范性文件；二是没有行政法规和规章制定权的行政机关制定的规范性文件。从内容上，“其他规范性文件”包括两种：一种是仅仅规定行政机关内部分工、程序、责任等内部文件，与相对人没有利害关系的；另一种则为相对人设定权利义务。其他规范性文件的效力在我国的《行政诉讼法》、《行政复议法》和《立法法》都没有明确规定，主流观点也一直把它们排斥在法律渊源之外，但它们在实际生活中的作用是毋庸置疑的。法治并不一概排除这些规范性文件的效力。但需要强调的是，法治原则要求立法和行政机关尽可能采取有程序保障的、内容公开、效力相对稳定的正式立法来规制社会；任何法律规范性文件，尤其是层次较低的行政规定，其本身的合法性有待检验。

5、与制定法有关的背景材料当制定法（尤其是法律）的含义不清楚时，与相应条文有关的背景材料可以被用来解释制定法的含义。我国法律解释中经常使用的辅助资料有：关于法律草案的说明，审议结果的报告和审议意见的汇报，人大代表、常委会委员、有关专门委员会的审议意见，起草和审议过程中各方面的意见。[36]立法背景材料用于证明“立法原意”可能是非常有效的。但即使原意能够令人信服地证明，它只陈述一种“历史原意”，不能绝对排除人家用“语义原意

”或者“理性原意”等观点进行争辩；[37]出于其它重大价值的考虑，立法时的“原意”也可能被压倒。今天谁如果拿《行政诉讼法》立法背景材料，来证明最高法院“98条”司法解释关于受案范围的规定违反“法律原意”，又有多大说服力呢？[38]

（二）行政法的不成文法源与国内多数学者的论述相比，本文对不成文法源的列举，增加了法律学说、行政政策、公共道德和比较法。当然，在法律论据的视角中，不成文法源是开放的，本文的列举不能穷尽其种类，也不排除从其它角度的概括。但有学者主张的“正义标准”、“行政过程中的推理”、“行政客体的本质”[39]，因为过于抽象或无所依附，无法被实证，不能独立作为一种法律论据，本文不把它们理解为法律渊源。

1、法律原则 我国学者已普遍注意到法律原则在各国法律渊源中的重要地位，把法律原则奉为我国行政法渊源呼声日高。但行政法学者对法律原则的讨论，交错着不同的视角和话语，对法律原则具体含义的论述异彩纷呈。为避免法律原则的概念过于泛化，有必要区分政治原则、行政管理原则与行政法原则[40]，辨别价值理念、行政政策与法律原则[41]。本文将在“一般法律原则”的意义上使用这个概念，即直接规范行政行为（尤其是具体行政行为），内容相对确定的法律要求。法律原则可能由宪法和制定法加以确立，形诸法条。这种情况下，它实际上是高度概括性和伸缩性的制定法条款，它的有效性来自立法机关的权威。法律原则也可能没有宪法和制定法依据，只存在于一些著述、判决，乃至社会公众的意识之中，常常由法学家根据社会生活情势和感受到的需要予以阐发，并获得法律共同体相当程度的认可。典型的如英国的自然正义原则，它

是普通法的长期发展过程逐渐形成并积淀于法律共同体的集体意识中。德沃金曾以“任何人不得从错误中获利”等原则为例说明，“这些原则并不源于某些立法机关或者法院的特定的决定，而是源于在相当长的时间里形成一种职业和公共正当意识。这些原则的持续的力量，来源于这种意识的保持”。[42] 需要强调的是，法律原则并不局限于有数的几个，相互之间也不是完全没有交叉甚至冲突，因为它来自从不同视角的提炼或引申，来自对法律实践中正义需求的不断总结。列举这些原则更不排斥其它法律原则。在行政行为法领域，综合行政法学界阐述并结合我国法律实践需要，我国正在形成的法律原则主要有：诚意原则，比例原则，平等原则，正当程序原则，信赖保护原则，应急性原则等等。诚意原则是要求行政机关和行政人员主观上秉持公心诚意去行政，不得滥用职权，假公济私。比例原则，有的称为平衡原则、均衡原则、适当原则，是从行政行为所欲达成的目的与所采取手段之间适当性的角度考察行政行为。它要求行政机关行使自由裁量权时要做到客观、适度、合乎理性，在实现行政目标与所损害私人利益之间寻求必要的平衡。平等原则是通过比照同样处境的相对人，考察行政行为的合理性。虽然平等在不同国家和时代呈现出迥然不同的面孔，但它的要义始终如一：同类情况同样处理，没有正当理由不得区别对待。正当程序原则要求行政机关实施行政行为遵循合理的程序。根据我国学者的阐述，正当程序原则包含如下子原则：公开、听取意见、回避、禁止单方接触、说明理由，等等。信赖保护原则通常指，行政行为的相对人基于对公权力的信任而作出一定的行为，此种行为所产生的正当利益应当予以保护。

行政应急性作为一项法律原则，是作为形式合法性的例外而出现的。在某些特殊紧急情况下，出于保护公共秩序或者公民权利的需要，它允许或要求行政机关采取没有法律依据甚至与法律相抵触的措施。[43]

2、先例、惯例和习惯 一些论著提到习惯法、惯例法或先例法时，并没有做进一步区分。从先例、惯例到习惯，它作为法律议论根据的份量是不完全相同。本文一般在司法先例、行政惯例和民间习惯上使用这一组术语。司法先例能够成为法律议论的根据，是出于法治的一个内在要求：同类情况同样处理。由于司法强调规则的统一性，先例在司法过程中具有强烈的可争辩性。主张判例为一种法律渊源，并不意味着赞成在我国引进普通法国家的判例法制度。[44]

作为一种法律论据，不但最高法院或者其授权机关发布的案例具有供参照使用的效果，所有的案件在法庭上都具有作为争辩论据的潜在价值。与司法活动相比，行政管理由于情势复杂，政策性考虑较多，无法严格遵守先例，个别先例通常不具有强烈的论辩效果，更不能作为以后处理的依据。[45]

但是，出于行政行为连贯性、可预测性和当事人获得公平对待的普遍价值，先例在行政管理中具有可争辩的意义。尤其当同类事例多次重复，屡试不爽，形成行政惯例，行政机关没有正当理由，就不能与之悖逆。[46]

在民间活动中，不但个别先例不具有说服力，惯例也只有特定情况下才被尊重。但当一种惯例积年累月，行之久远，化于内心，积淀成为民间习惯，政府就需要尊重和考虑。习惯的地位有时还为一些制定法所特别强调。例如，我国《人民警察法》要求警察“尊重人民群众的风俗习惯”，《戒严法》也要求戒严执勤人员“尊重当地民族风俗习惯”，《监狱法

》规定“对少数民族罪犯的特殊生活习惯，应当予以照顾”。又如，不同民族结婚后所生子女应属何族，有关当局认为“应根据群众一般习惯决定”，在子女长大后，则听其自行选择所属民族。[47]

### 3、法律学说

法律学说广泛地存在于教科书、学术刊物、法律条文释义、法律百科全书乃至法律辞典中。从古代罗马的“引证法”、戏剧《威尼斯商人》中法律家断案，到清代的私家注释[48]，中外历史上都有把某些学者著述奉为法律，或者参照学说判案的故事。近代德国学者萨维尼和法国学者惹尼，都主张借助法律学说来阐述法律、解决疑难问题，在法律渊源中为法学家的学说争得一席之地。[49]

在我国法治进程中，法律学者起到巨大的推进作用。即使没有任何制定法赋予学说以规范效力，学说的影响仍是显而易见的。例如，当事人在法庭上拿出一本权威的教科书作为争辩的依据，法官在庭上或者庭后查阅教科书，甚至把教科书的观点写进《审结报告》。在诉讼过程中，当事人邀请法学专家为其专门提供法律论证，并将该“法律意见”提交法庭，向法官施加影响；甚至，法官就一些疑难案件主动征询专家的意见。这些情景，即使不常出现，也暗示了学说的力量。当然，学说的说服力视情况而别。占主导地位的观点相对于少数派观点往往具有更大的说服力，该领域的权威学者、曾经参与立法的人，比一般人可能更具有说服力。

### 4、公共道德

如果说把学说作为法律渊源是把法律委身于专家（萨维尼语），把政策作为法律渊源是把法律委身于政府当局，把法律原则作为法律渊源更多的是把法律委身于法律职业共同体，那么把公共道德作为法律渊源则是诉诸公众的情感和信念。在一个多元社会里，道德本身是分化的，尤其

是处于社会转型时期的中国，往往是旧伦理与新道德并存。只有被公众普遍持有的道德才能作为法律议论的有力论据。在一些著作中，公共道德化身为“理性人”的形象出现。“任何一个理性人都不会如此行事”，则可能暗示道德上的否定。道德可以评价法律条文确立的规则，证明其正当性，争辩法律条文应有的含义，甚至可以以道德的理由拒绝制定法的适用。

5、行政政策 政策是政府当局宣布实现的有关经济、政治或者社会问题的目标和纲领。例如，控制人口增长、减轻环境污染、发展汽车产业、实行城市改造等等。又如，早在1980年代，我国就确立“严格控制大城市规模、合理发展中等城市和小城市”的城市化政策，1998年国务院一个文件对户口政策作了相应调整。[50]政策在我国曾被极其广泛地运用。随着我国逐渐从“依政策治理”向“依法治国”过渡，政策一度被主流法律理论开除出法律渊源。但政策在法律实践中具有较高的实际效力，今后也不会消亡。执政党决议、政府工作报告和各种文件仍是最经常地宣布重大政策的场合。许多法律第一条即开宗明义地宣布该法所欲实现的政策。当然，由于政策往往只表达一个目标和基本纲领，欠缺可以具体操作的明晰规则，因此，政策的贯彻仍应尽量通过立法来实施。

6、比较法 一般而言，比较法对他国的影响是通过立法而实现，与司法似乎没有任何关系。在人们眼中，互不相属的各国，自然不能直接引用其它国家和地区的法律作为法律。但这种状况既不完全符合一些国家的历史和现实[51]，也不再符合当今法律发展的趋势。在现代化和全球化的背景下，不同国家可能面临相同的问题，或者先后遇到相同的问题。他国的先例或者立法对我国而言就具有前瞻性



。为此，法律工作者不仅应考虑本国的法律渊源，而且还应考虑其他国家使用法律的解决办法。这种情况在私法（尤其是商法）领域特别明显，在行政法实践中，用比较法来作为争辩依据也不鲜见。尽管用比较法来争辩需要辨析国情差异，通常也不具压倒性的效果[52]，但只要我们承认这种论说方式有一定说服力量，而不是无稽之谈，就无法一概否认比较法作为法律议论根据的有效性。为此，我们应当在法律渊源中为它留下一席之地。

#### 四 各种渊源的优先规则

在法律争论中，每一种论点都可能获得上述渊源中一种或者几种的支持。如果一种论点获得所有渊源的支持，各方没有异议，那将呈现出全体一致的理解。但很多时候，互相冲突的论点都可能找到支持的根据，从而形成各执一方、互不相让的局面。我们的问题是，各种渊源之间是否存在某种“优先顺序”？我们是否有可能探寻确立优先顺序的“优先性规则”？在成文法系统内部，这一点往往不难解决。各国通常都确立某种优先规则。我国宪法和《立法法》确立的优先顺序是：宪法 > 法律 > 行政法规 > 地方性法规。这个等级序列完全对应于法律制定机关在金字塔型的权力体系中的等级序列。对于法律层次不相上下而难以确定其优先顺序的，例如部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间以及地方性法规与部门规章之间不一致的，《立法法》则规定由特定的机关作出裁决。[53]一旦不成文法进入法律渊源，各种渊源之间互相交错，是否可能存在一个统一的优先规则就比较复杂。德国及我国台湾一些学者倾向于把不成文法源分别归入不同位阶。以习惯法为例，有学者认为，有法律位阶的习惯法、宪法位阶的习惯法和规章位阶的习惯法，例如，牺牲请求权应当享有

宪法习惯法的地位。[54] 确立优先规则的努力在法典中也常常能够看到。[55]我国一些学者在讨论法律解释或法律适用时，也曾从各种解释方法或者法律价值冲突角度，涉及过法律适用中的优先顺序。[56] 本文不打算全面复述上述作者的论述，而是从法律适用者的视角讨论“优先性规则”是否存在，在什么意义上存在。在探索优先性时，制定法总是处在优先考虑的地位。一旦触及法律是什么，我们第一个反应几乎总是“法律条文说什么？”在这个主要是制定法统治的时代，无论是当事人还是法官，在考虑一个案件应当适用的法律时，总是首先把目光投向制定法文本，去查找相关的法律条文。这种法律思维方式是法律实践经验的总结，也是法律教育的结果。它显示了对民主制度的尊重。它也是法律条文的独具功能。一般而言，文字比原则、政策、惯例、道德等更有明确性。所以，这种思维方式具有相当的合理性。法律条文不但是首要的考虑，在通常情况下，它也是最重要的考虑。在法律议论纷纷嚷嚷的广场上，法律条文是最大的一个声音。一旦找到一条含义明确的法律条文，常常一锤定音，结束争论。对于司法判决和行政决定，它提供了充足的正当性，以致通常不必再去寻求其它论据的支持，甚至可以不理睬其它意见，只要异议的声音不是很大，不构成有力的挑战。但是，通过法律条文得出法律规范的路途，常常布满分歧和陷阱。在制定法字面含义有分歧而不能提供可信的法律规范时，法典上下文、立法背景材料、教科书等其它的论据都可以用来说明制定法含义。这种说明也许令人信服，也可能无法结束争论。然而，它仍然依托甚至假借法律条文来表述自己接受的法律规范。更大的危险来自对制定法条文可适用

性的争辩。各种政策、法律原则、公共道德都可能要求排除制定法的适用。也许出于对制定法字面含义以外的解释方法所导致的不确定性的担心，一些学者给各种解释方法划定了一条最后的底线，“无论依何种解释方法，原则上不允许作出反于法条语义的解释结论”；作者同时阐述了若干例外情形。[57]这种观点强调了对制定法的尊重，但恰恰是例外的存在，使得法律问题具有可争议性，也使得底线变得模糊。无论是优先性规则还是底线规则，对塑造法律共同体的共同信念起着一定影响：与法条主义相比，它们都注入了实质法治主义的因素；而与法律虚无主义相比，则又努力维系法律的确定性。但除此之外，看不出更多的价值。各种解释方法当然不可由解释者随机选择使用，但那种从大量事例中归纳出来，充满“有时”、“例外”等不确定性的解释规则，用于个案的操作实在无从下手。正如波斯纳说的，解释规则“回答解释的疑难问题的能力并不比日常生活格言解决日常生活问题的能力更大”。[58]诚然，现实中大量的争论是以接受优先性规则而告结束。但一种论点是否具有“压倒性”的效果，仍然取决于法律议论的参与者对特定情境中解释规则优先性的共识的达成。只有优先性规则是明确的、没有争议的，这种辩论思路才是有效的。例如，争论双方都以制定法为据，并且双方都承认“下位法应当服从上位法”，那么，一个层级较低的制定法如果被证明抵触层级较高的制定法，前者无疑将被压倒。问题是，在很多情况下，某条优先性规则是否存在是有争议的，或者其本身的可适用性是有争议的。这时，对特定案件应当适用的法律的争论就转为关于优先性规则的争论。而关于优先性规则的争论通常不能离开特定

情境。这就意味着，法律争论仍然必须回到具体情境中来。法律作为一门实践的艺术，永远不可能靠几条规则一劳永逸地消除分歧和争论。法律渊源的多样性和开放性，在可能给我们带来实质正义的同时，也向我们提出了如何保障法律决定正当性的诘难。（本文系与应松年教授合作，拟发表于《公法研究》第2卷）【注释】[32]有学者认为，我国在适用国际条约方面是采取一种直接并入适用与转化适用相结合的方式，基本上是以直接适用为主，但即使在需要进行转换的情况下，也并不排斥直接适用。江国青《国际法与国际条约的几个问题》〔全国人大常委会法制讲座讲稿〕。最高人民法院副院长李国光在一次对法官讲话时，也持“优先适用国际法原则”的观点。李国光指出，法院在处理涉外民事、经济纠纷案件时，可直接适用有关国际规则；国际条约和国内法有不同规定的，优先适用国际条约的规定（声明保留条款除外）。在审理涉及反倾销协议和非关税壁垒协议的行政诉讼案件时，法院也可直接适用WTO规则。参见李国光《中国加入WTO后面临的形势与司法对策准备》，中国法官之窗网站<http://www.chinajudge.com/peix6.htm>。[33]国务院法制办主任杨景宇在一个论坛上提出，WTO协议不是民事领域的国际条约，不能作为国内法直接予以适用，应通过立法程序把WTO规则转化为国内法。转引自陈宏伟、许晖《加入WTO，中国政府该做什么？》，《中国经济时报》2001年3月29日。对此，赵维田教授则指出，把WTO规则分化或溶入我国国内法存在技术障碍。WTO法典是一套内容宏大，规则十分复杂的法律体系，其中有一些条款或规则，很难用单独立法来表述的。他认为，当务之急是公布一个精确

的WTO汉译本，并加强对司法人员的培训。赵维田《WTO与国际法》，<http://www.wtolaw.gov.cn>。[34] 罗豪才《经济全球化与法制建设》，《求是》2000年第23期。[35] 《最高人民法院关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》，法释〔2002〕27号。该司法解释暗示，我国对WTO规则不采取直接适用，个人和企业不能直接援用世贸组织规则向法院起诉和抗辩，法院在裁判文书中也不直接援用世贸组织规则作为裁判依据。[36] 例如，全国人大常委会法制工作委员会在答复地方人大关于“在制定实施统计法的地方性法规中能否规定罚款”、“自治州人大常委会是否有权在实施土地管理法的具体办法中作出同土地管理法规定的县级人民政府批准征用土地权限不一致的变通规定”等请示时，就曾经援引立法资料作为法律解释依据。见《全国人大常委会法制工作委员会关于如何理解和执行法律若干问题的解答》。[37] 参见张志铭《法律解释分析》，37 - 42页，[38] 对于“98条”正当性的评论，参见何海波《行政诉讼受案范围：一页司法权的实践史（1990 - 2000年）》，《北大法律评论》第4卷第2辑。[39] 关保英《市场经济条件下行政法的非正式渊源》。[40] 罗豪才主编《行政法学》，中国政法大学出版社1989年，34、35页；[41] 一些学者所说的“提高行政效率”、“保障公民权益”等，虽然表达了一种行政理念，但适用情形过于模糊，难以起到规范作用；“推进电子化政府”、“简化行政审批”等，则宣示了一种行政目标，对行政行为不具有规范意义。这两者也不是本节所称的原则，分别被归为价值理念和行政政策。[42] 德沃金《认真对待权利》，62页。[43] 罗豪才主编《行政法学》（高等教育法学教材），北京大学出

版社1996年，34 - 35页。罗豪才主编的《行政法学》（全国高等教育自学考试制定教材，北京大学出版社1996年）、《中国行政法教程》（全国法院干部业余法律大学教材，人民法院出版社1996年）重复了同样观点。但上述著作更侧重于保护国家安全、行政秩序或公共利益，而没有提到对公民利益的特别保护。随着我国《戒严法》、《国家安全法》（1993年）、《人民警察法》（1995年）、《传染病防治法》（1989年）、《食品卫生法》（1995年）、《防洪法》（1997年）、《防震减灾法》（1997年）等一系列法律，分别赋予特定机关和人员在紧急情况下的非常权力，应急性原则的适用情形已经大大缩减。尽管如此，法律规定之外的特殊紧急情况仍不能完全避免，应急性原则作为合法性原则的非常原则仍有保留必要。[44]我国一些鼓吹和反对引进判例法的学者，可能都把判例的作用极端化了。反对引进判例制度的意见，可参见吴伟、陈启《判例在我国不宜具有拘束力》，《法律科学》1990年第1期；高岩《我国不宜采用判例制度》，《中国法学》1991年第3期。被较为广泛接受的中间立场是，中国不应采用判例制度，但应当加强判例的作用。参见陈光中、谢正权《关于我国建立判例制度的思考》，《中国法学》1989年第2期；沈宗灵《当代中国的判例?D?D一个比较法研究》，《中国法学》1992年第2期。[45]当然，这不意味着行政机关可以完全无视先例的存在，恣意行事。行政先例给当事人造成正当预期的情况下，行政机关没有充分理由而作出与先前行为相左的行为，将引起合法性的质疑。[46]在美国，行政机关制定规章的权力通常不妨碍其通过个案裁决方式树立新的规则。但新近的判例表明，行政机关改变长

期适用的政策，如果对于真诚信赖该政策的人发生影响时，必须制定规章，而不能采用个案裁决；行政机关通过个案裁决建立规则，不能违反原先得到行政机关同意而广泛流行的习惯。See *W. G. Cosby Transfer Corp. v. Froehlke*, 480F. 2d 498(4th Cir. 1973). *Page v. Jackson*, 398 F. Supp. 263(M. D. Ga. 1975). 转引自王名扬《美国行政法》，377 - 378页。[47]《中央人民政府司法部关于不同民族男女结婚后所生子女应属何族问题的复函》，1953年6月15日。[48]美籍华人学者陈张富美女士查阅了从1736 - 1885年这150年中的9 000多个清代案例，发现有21个案例直接引用了清初沈之奇的《大清律辑注》作为法源，另有12个案例援引了明代王肯堂的《律例笺释》，7个案例引用了万维翰的《大清律例集注》。她指出，这个比例可能不算高，但考虑到地方官员们知道刑部一般不同意直接引用《辑注》，因而“可能参考了《辑注》但却不直接引证它”，清代审判实践中司法官员引用私家法律注释还是一个比较普遍的现象。转引自苏亦工《明清律典与条例》，61 - 62页。何敏、何勤华两位教授也注意到清代判例文献《刑案汇览》多次记载审判机关参引学者著述判案。参见何敏《从清代私家注律看传统注释律学的实用价值》，《法学》1997年第5期；何勤华《清代法律渊源考》，《中国社会科学》2001年第2期。[49]徐国栋《民法解释学》，273 - 278页。[50]《国务院批转公安部关于解决当前户口管理工作中几个突出问题意见的通知》，国发〔1998〕24号。[51] See H. Patrick Glenn, *Persuasive Authority*, *Mcgill Law Journal* 32(1987). 中文节译见 [加]H帕特里克格伦《有说服力的法律论据》，《法学译丛》1988年第2期；陈建福《比较法在澳大利亚法庭

上的运用》，载许章润、徐平编《法律：理性与历史——澳大利亚的理念、制度和实践》，中国法制出版社2000年。格伦的研究表明，19世纪以前的法国、20世纪以前的英国以及1850年以前的美国，都曾大量借用外国法律，并予直接适用。[52] 对于比较法的作用和弱点的讨论，可以参见赵晓力《比较法的力量与弱点何在》，《比较法研究》1996年第1期；Bernard Grossfeld, *The Strength and Weakness of Comparative Law*, tr. by Tony Weir, Clarendon Press, Oxford, 1990，中译本《比较法的力量与弱点》，孙世彦、姚建宗译，清华大学出版社2002年。[53] 难以确定优先顺序的情形，一是部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间以及地方性法规与部门规章之间的关系；二是同一部门先后制定的法律、法规和规章之间，对同一事项的新的—般规定与旧的特别规定不一致的。相应的裁决机关为：1、同一机关制定的新的—般规定与旧的特别规定不一致时，由制定机关裁决；2、地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致，不能确定如何适用时，由国务院提出意见，国务院认为应当适用地方性法规的，应当决定在该地方适用地方性法规的规定；认为应当适用部门规章的，应当提请全国人民代表大会常务委员会裁决；3、部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间对同一事项的规定不一致时，由国务院裁决；根据授权制定的法规与法律规定不一致，不能确定如何适用时，由全国人民代表大会常务委员会裁决。[54] [德]哈特穆特毛雷尔《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社2000年，74 - 75页。一些台湾学者也接受这种说法。参见陈敏《行政法总论》，82页；翁岳生编《行政法》，2000年第2版，140 - 141页。但涉及不成文



法源的位阶，论者往往只举习惯法或法律原则，其他不成文法源的位阶问题没有涉及。[55] 1907年瑞士民法典第1条规定：“如本法无相应规定时，法官应依据惯例；如无惯例时，依据自己作为立法人所提出的规则裁判。”我国民国时期制定的民法典规定，“民事法律所未规定者，依习惯；无习惯者，依法理”（第1条）；“民事所适用之习惯，以不背于公共秩序或善良风俗者为限”（第2条）。我国《民法通则》规定，“民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策”（第6条）；“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序”（第7条）。不管是“法律 - 惯例 - 自由裁量”，“法律 - 惯例 - 学说”，还是“法律 - 政策 - 公序良俗”，都体现了立法者在接受非成文渊源的同时，试图确立某种优先规则。[56] 张志铭先生曾从法律解释的角度阐述了解决论点冲突的四种形式，以及法律解释论点优先性的一般模式。张志铭《法律解释操作分析》，170页以下；梁慧星《民法解释学》，243 - 246页（作者称，即使不存在“固定不变的位阶关系”，也应有“大致的规律”可寻）。在行政法领域，也有学者主张，“把困扰行政法适用中的不确定因素从总体上予以考虑”，“从理论上构设行政法适用标准”，甚至建议制定一部统一的《行政法适用法》。张淑芳《行政法的适用》，《法学研究》2000年第5期。该文列举了下列几个法律适用标准：现时考虑优于立法背景考虑；缩小解释优于扩大解释；效率优于程序；一致性优于多样性；原则性条款优于操作性条款；社会认同优于利益体现。对此，有论者认为，几乎作者提出的每一个原则都有简单化、绝对化之嫌，作者的观点

是一种“机械的法治主义”。冯军、刘翠霄《2000年中国法学研究回顾行政法研究述评》，《法学研究》2001年第1期。[57] 梁慧星《民法解释学》，246页。英国Blackburn爵士认为，如果制定法的字面含义在足够的程度上导致不连贯、荒谬或者不便利的结果，就可以对其加以修正，这是一条“黄金规则”。转引自张志铭《法律解释操作分析》，180页。[58] 波斯纳《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社1994年，353页。

---

----- [H1]80年代国内行政法学界对行政法渊源的讨论可参见张尚主编《走出低谷的中国行政法学?D?D中国行政法学综述与评价》第28~34页，中国政法大学出版社1991年出版；许崇德、皮纯协主编《新中国行政法学研究综述（1949年-1990年）》第49~53页。“行政法学建立之初，大多数人根据中国的成文法传统，不承认成文形式为行政法渊源。但也有少数人认为，不成文形式在行政法领域值得考虑。”见张尚主编《走出低谷的中国行政法学?D?D中国行政法学综述与评价》第31页。但作者所说的不成文形式主要指司法判例和行政惯例。见该书第31~34页。稀罕的例外是张树义和杨海坤两位学者。张树义称：“在很多国家，法的一般原则、判例、甚至包括行政活动的惯例也是行政法的渊源。这些不成文的形式在行政法的发展中起着非常重要的作用。因为行政活动的复杂性，以及行政法相对较短的历史，不能完全排斥法的一般原则、判例、惯例的作用，它的存在更有利于实现行政活动的秩序状态。这一点，在我国行政法的渊源中，尤其值得考虑和重视。”见张树义主编《行政法学新论》

第17页，时事出版社1991年出版。杨海坤称：“在研究行政法成文形式渊源的时候，我们还不应该完全忽视其不成文形式渊源的研究。”见杨海坤《中国行政法基本理论》第114页，南京大学出版社1992年出版。作者所称的不成文形式渊源指：与行政法有关的解释，行政实例、行政案例的记载，行政习惯。参见该书第114~118页。[何海波2]在英美法律教科书中，法律渊源通常被分为正式渊源（formal sources）和非正式渊源（informal sources），主要渊源（primary sources）和次要渊源（secondary sources），或者强制性渊源（binding /mandatory authority）和说服力渊源（non-binding /persuasive authority）。[何海波3]所以，这种区分只具有相对的意义，“正式渊源”比“非正式渊源”在法律议论中更为常用，在大多数情况下也更有说服力。恐怕还是“主要渊源”和“次要渊源”的说法更切近法律运作的现实图景。其要点不在于限定法律渊源的种类，而是在承认法律渊源的多样性的前提下，讨论各种法律渊源如何被整合为具体的法律规范，从而构筑和谐的法律秩序。 文章出处：北大法律网 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)